

**A MORA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ACIONADA
POR PRESTADORA DE SERVIÇOS COM ACORDO A SER FIRMADO
EM JUÍZO, COM GARANTIA DE ADIMPLÊNCIA OFERTADA
POR SUA ACIONISTA CONTROLADORA, A PREFEITURA
MUNICIPAL DE PAULÍNIA — PARECER**

Ives Gandra da Silva Martins^()*

Acordo judicial. Comparecimento da Prefeitura Municipal. Legalidade. Intervenção estatal. Correção monetária pelo IPC. Mora pela variação da TR. Descontos pactuados.

Consulta

Formula-me a *Empresa Municipal de Desenvolvimento de Paulínia S.A. — EMDEP*, por seu eminente advogado José de Freitas Guimarães, a seguinte consulta:

«1. A *EMDEP — Empresa Municipal de Desenvolvimento de Paulínia S/A*, Sociedade de Economia Mista (documento n. 1 — Estatutos) foi contratada (documento n. 2 — Termo de Autorização de —/—/—) pela sua acionista majoritária, a *Prefeitura Municipal de Paulínia*, a executar direta ou indiretamente 'adutora para o Centro Industrial, extensão das redes de distribuição de água, ampliação, incluindo conservação, restauração e serviços complementares.'

Através de processo licitatório (documento n. 3 — Coleta de Preços n. 05/93 de 25/05/93) a *EMDEP* contratou (documento n. 4 — Contrato de Empreitada) a firma *Intege Construtora Ltda.* que apresentou a proposta mais vantajosa e de menor preço.

A redução na transferência de recursos da *Prefeitura à EMDEP*, nos últimos meses, para esta pagar nos prazos contratuais as faturas dos serviços executados pela firma credora, levou a *EMDEP* à condição de inadimplência.

(*) Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional. Advogado.



A firma *Intege Construtora Ltda.* moveu ação judicial na Comarca de Paulínia para cobrança das faturas vencidas e não pagas e está em vias de paralisar as obras, o que poderá provocar vultosos e irreparáveis prejuízos para o Município.

Nos entendimentos já havidos, a firma credora se dispõe a fazer um acordo, nos autos do processo, para parcelamento do valor devido pela *EMDEP*, desde que a *Prefeitura* compareça como avalista, assumindo a responsabilidade de transferir à *EMDEP* os valores acordados nos respectivos prazos.

Consultada, a *Prefeitura* se mostrou favorável a participar do acordo nos termos propostos pela firma credora.

2. O edital de licitação (item 10.2) e o Contrato de Empreitada (item 5.2 da cláusula quinta) determina que 'ocorrendo atraso no pagamento de qualquer medição/reajuste, a mora será calculada pela variação da TR, *pro rata tempore*, ou outro índice oficial que vier a substituí-lo, entre a data do pagamento devido e a data do efetivo pagamento'.

O STF ao apreciar, em 1991, ação que contestava artigos da Lei n. 8.177, no acórdão, ficou claro que, na interpretação dos juízes, a TR seria uma taxa de juros, e não parâmetro de correção monetária (utilizada para repor valores 'comidos' pela inflação).

Quesito n. 1. Existe algum impedimento legal para a *Prefeitura*, acionista majoritária da *EMDEP*, comparecer no acordo e prestar a garantia solicitada pela firma credora? Em caso positivo, em face da impossibilidade legal de alienar parte da receita do ICMS, que tipo de garantia poderá ser oferecida?

Quesito n. 2. Existe algum impedimento legal para que, no eventual acordo a ser firmado com a firma credora, as parcelas originárias do acordo sejam corrigidas monetariamente até o limite do IPC, sem prejuízo da aplicação do item 5.2 do contrato (mora pela variação da TR *pro rata tempore*)?

Quesito n. 3. Na hipótese das partes transigirem, existe impedimento legal de clausular-se a contemplação de 'descontos' vinculados à verba honorária pelo adimplemento regular e/ou pela antecipação na liquidação das parcelas vencidas?» (*sic*)

Resposta

A matéria objeto da presente consulta oferta indagação de interesse, que, a meu ver, teve adequado tratamento legal na legislação suprema e naquela infraconstitucional.

Com efeito, o Poder Público, pelo princípio da moralidade, não pode causar dano aos cidadãos e à sociedade. Deve responder, civilmente, pelas lesões patrimoniais causadas, sendo hoje, inclusive, admitida ação por danos morais, se da ação governamental resultar prejuízo desta natureza, com quantificação da responsabilidade civil decorrente a ser definida pelo Poder Judiciário¹.

Reza o art. 37, § 6º, da Constituição que:

«As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa»,

personificando a responsabilidade civil — a penal pode também ocorrer — do Estado nas lesões causadas e explicitando, o *caput* do art. 37 do Texto Maior, a ética governamental, estando assim redigido:

«A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade ...».

É de se lembrar que não só o princípio da moralidade não estava plasmado expressamente — os doutrinadores consideravam-no implícito — nos textos anteriores, como a abrangência da responsabilidade era menor.

Com efeito, rezava o art. 107 da E.C. n. 1/69 que:

«As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros»²,

não tendo o espectro de incidência do art. 37, § 6º, que estende a todas as empresas que atuarem no regime de Direito Administrativo a mesma responsabilidade a que se sujeita o Estado.

É de se lembrar que dois são os regimes jurídicos da iniciativa econômica desenhados na Constituição. O regime da livre iniciativa, em que o Estado só pode atuar por força de interesse superior da Administração e em que é obrigado a submeter-se às mesmas regras impostas às empresas privadas, estando o art. 173 assim redigido:

«Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições

compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.»

O segundo regime é o do Direito Administrativo, em que as empresas privadas, se autorizadas, concessionárias ou permissionárias, são obrigadas a atuar sob as regras impostas pela Administração, a estas sendo também destinado o art. 37, § 6º. Esse regime é definido no art. 175:

«Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: I — o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II — os direitos dos usuários; III — política tarifária; IV — a obrigação de manter serviço adequado³.»

É de se rememorar, ainda, que a responsabilidade do Estado é objetiva, em se caracterizando a lesão, mas, se tiver havido culpa ou dolo do agente executor, tal responsabilidade é extensiva aos agentes públicos que deram causa à lesão, sendo responsáveis por ressarcir o Poder Público, em ação de regresso⁴.

Por fim, não se deve esquecer que tal responsabilidade por culpa ou dolo — a do Estado é mais abrangente, porque apenas objetiva — não é prescritível, por força do art. 37, § 5º, do texto legislativo máximo, assim redigido:

«A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento»⁵.

Em face desse arcabouço legislativo supremo, é de se compreender que as empresas privadas que trabalham com o Poder Público possam, perfeitamente, estar asseguradas em seus direitos e ter a certeza de que serão indenizadas, se por acaso, lesão contratual, por imposição do Estado, vier a ocorrer, posto que não permite, a lei suprema, que tal lesão passe incólume, por força da pretendida proeminência do interesse público sobre o privado, que se é indiscutível, vinculada está, todavia, ao respeito às cláusulas pétreas do art. 5º, inclusive a um dos cinco princípios maiores da Constituição, que é o direito à propriedade⁶.

Tais considerações preambulares são necessárias para que se possa louvar a prudência do acionista controlador da consulente em se dispor a transacionar na ação proposta, a fim de evitar os riscos da aplicação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que poderiam, inclusive, recair sobre as pessoas dos agentes públicos, se culpa houvesse, que, a meu ver, não há, visto que a política recessiva imposta pelo Governo Federal para manter a inflação baixa, já que não atualiza o defasado câmbio, não privatiza, nem reduz o tamanho da União — medidas possíveis de adoção com a contrapartida da redução de carga tributária federal —, terminam por abalar as contas do Município, cuja receita decrescente e afetada passou a não permitir mais o pagamento das obras já realizadas pela empresa autora da ação ressarcitória⁷.

A prudência é tanto maior na medida em que a lei ordinária, que cuida das sociedades por ações (Lei n. 6.404), em seu art. 242, torna responsável o Estado pelas obrigações de sociedades de economia mista, que não podem ir à falência, sendo, em última análise, sempre o acionista controlador o último a responder por dificuldades financeiras das sociedades que controlam⁸.

Está o dispositivo assim redigido:

«As companhias de economia mista não estão sujeitas à falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações»,

dúvida não existindo sobre a responsabilidade do Estado em responder pelos prejuízos que esse tipo de sociedade venha a causar às empresas ou pessoas que com ela acordem⁹.

Espantou-me, pois, a tentativa do Governo Federal de enviar projeto de emenda constitucional permitindo a falência de sociedades de economia mista. De rigor, se fosse possível tal medida, haveria, necessariamente, a responsabilização do acionista controlador, o que vale dizer, sempre o Poder Público terminaria por pagar, na medida em que é o último responsável nas sociedades que cria.

Essa é a razão pela qual a acolhida inicial de proposta governamental, pela sociedade considerada redentora, acabou por não se manter, devendo-se lembrar que a culpa *in vigilando* exige, por parte do acionista controlador, toda a cautela na nomeação de seus representantes na sociedade de economia mista, pois, em última análise, serão sempre o Poder Público e seus agentes aqueles que responderão por eventuais dificuldades ou lesões causadas pelas sociedades de economia mista.

Ora, se não pode uma sociedade de economia mista ir à falência, se o Estado é responsável pelos prejuízos que venha a causar, se assim determina a lei ordinária e impõe a Constituição, por força do princípio da moralidade pública, e se os próprios agentes são responsabilizáveis, se culpa ou dolo tiver havido em sua ação, à evidência, nada mais prudente que a composição a ser feita na ação proposta pela empreiteira, com a participação da própria Prefeitura, na medida em que se afastará, assim, o risco de responsabilização civil, respeitando-se o princípio da moralidade administrativa. Correta e legal a intenção de se transacionar, na ação, participando a Prefeitura no acordo a ser firmado, como asseguradora das obrigações novadas¹⁰.

A matéria, todavia, que agora se coloca é saber como operacionalizar tal garantia e concordância da Prefeitura, no acordo a ser firmado.

É o que passo a examinar.

Três são as questões formuladas pela consultante para que se possa operacionalizar a garantia a ser ofertada pela Prefeitura de Paulínia.

A primeira diz respeito ao tipo de responsabilidade assecuratória a ser adotada.

Entendo eu que a garantia maior deveria ser aquela exteriorizada pelo comparecimento da Prefeitura em juízo, com o objetivo de assegurar o cumprimento, no tempo acordado, da obrigação a ser conformada na novação contratual¹¹.

Não vejo como possa haver penhora de futura receita dos tributos já vinculados à rígida lei orçamentária, seja na Constituição Federal, seja na estadual ou na lei orgânica municipal, amarrados que estão às despesas programadas, sem possibilidade, a não ser nas realocações sem ônus para o Tesouro, de ser redestinados para outras finalidades. A receita dos tributos vinculada está à programação orçamentária de despesas, não podendo prevalecer, sua vinculação pré-orçamentária, ao pagamento de obrigações de empresa sob seu controle¹².

Poder-se-ia, todavia, inquirir se a não-possibilidade de oferta da receita de tributos não implicaria, por decorrência, a impossibilidade de «aval» e a obrigação de pagamento futuro do contrato, se a empresa municipal não honrar, pela segunda vez, seus compromissos.

De rigor, a responsabilidade já existe por força, como demonstrei, do disposto no art. 242 da lei das sociedades por ações.

Queira ou não, o Governo Municipal já é responsável pela dívida de sua controlada, não podendo dela se esquivar. Embora não possa previamente empenhar a receita futura dos tributos ou das transferências, em algum momento deverá o Município honrar tais compromissos, risco de sofrer intervenção estadual.

Não só o Estado pode sofrer intervenção da União, se não pagar a dívida fundada por mais de dois anos ou aquela decorrente de decisão judicial, como os Municípios, nas mesmas circunstâncias, poderão sofrer a intervenção estadual, se não cumprirem suas obrigações, nos prazos definidos pela Constituição Estadual¹³.

Em outras palavras, não apenas o art. 37, § 6º, da CF exige o ressarcimento das obrigações, com responsabilidade funcional dos geradores de prejuízo para o Estado, como também pode ser, a inadimplência, motivo deflagrador de intervenção da unidade federativa maior naquela menor. Por essa razão, embora não empenhável a receita futura dos tributos, a presença do Governo Municipal no acordo a ser firmado em juízo, tanto garante, de um lado, à empreiteira, o direito de vir a receber tais recursos da Prefeitura, se a consulente não pagar, como, por outro lado, não prejudica o Município, necessitado das obras, que ficarão paralisadas, se o acordo não vier a ser firmado em juízo para trancamento da ação iniciada pela credora, que já prestou serviços e por eles nada recebeu.

À questão, portanto, que se formula, sobre a possibilidade de a Prefeitura participar do acordo e qual o tipo de garantia a ser aportada, respondo ser possível a presença da Prefeitura no acordo, como asseguradora da dívida da consulente; diria mesmo que essa presença seria necessária para preservar seus agentes e o próprio Poder Público de ações de ressarcimento de maior gravidade. A presença como coobrigada já constitui a verdadeira garantia de adimplência futura, visto que em caso de descumprimento da obrigação, poderá a Prefeitura vir a responder a processo de intervenção estadual de consequências políticas, econômicas e sociais indesejáveis¹⁴.

O título do acordo a ser firmado, com a anuência da Prefeitura de Paulínia, já exterioriza garantia superior à existente no momento, desnecessária se fazendo qualquer outra.

Matéria interessante, todavia, é colocada na segunda questão.

Ao ter o Supremo Tribunal Federal definido que a TR não mede a inflação, mas o custo do dinheiro, apenas declarou que não é um indexador capaz de aferir a inflação. Não excluiu, em face da utilização de indexador incorreto, a necessidade de substituição por um outro indexador que, ao invés de medir o custo do dinheiro, medisse a inflação¹⁵.

Em outras palavras, o que o STF decidiu é que a TR não mede a inflação, mas se o espírito do contrato objetivava adotar índice medidor da inflação, tal desiderato exige sua substituição por índice de tal natureza, compatível com a intenção das partes contratantes.

Tal colocação é fundamental para se compreender o espírito da referida decisão, na consulta formulada, pois poder-se-ia ter a impressão de que a escolha do indexador errado terminaria por gerar a inexistência de indexador, ensejando — contra o espírito do contrato — a possibilidade de um enriquecimento sem justa causa de uma parte contra o empobrecimento ilegítimo da outra.

Ainda em outros termos, se as partes decidiram ter um indexador capaz de eliminar os efeitos deletérios da inflação, mas sua escolha foi incorreta, caberá ao Poder Judiciário ou às próprias partes substituírem o índice incorreto por um índice correto, que conforme à intenção dos contratantes¹⁶.

Dessa forma, não há como se entender, que deixando a TR de ser o indexador, por força da decisão suprema, tal eliminação implique a impossibilidade de outra forma repositora dos efeitos da inflação. Nem o STF assim decidiu, nem seria justo que assim fosse.

Por essa razão, pode, se as partes assim decidirem, entender-se que a TR é forma de indexação, que, no caso, se justificaria, pois nos contratos bancários é o indexador adotado de preferência.

Ora, diante do fato de que qualquer obra pública necessita de financiamentos bancários, nada mais natural que se possa transferir o mesmo indexador adotado nos contratos financeiros para os contratos públicos pelo sistema financeiro pactuados, pois, dessa forma, não haveria nem distorções, nem desequilíbrios contratuais. E o princípio da moralidade pública seria respeitado¹⁷.

Entendo, pois, que não só a cláusula 5.2 do contrato assim redigida era correta:

«ocorrendo atraso no pagamento de qualquer medição/reajuste, a mora será calculada pela variação da TR, *pro-rata-tempore*, ou outro índice oficial que vier a substituí-lo, entre a data do pagamento devido e a data do efetivo pagamento»,

como pode continuar a orientar o contrato, em sua novação.

À evidência, os atrasos da consulente terminaram por trazer ônus inesperados à empresa prestadora de serviços, principalmente, nos financiamentos bancários a juros elevados por força da conjuntura, com o que se justifica repasse de parte desses ônus, provocados pela inadimplência, para a nova formulação contratual.

Parece-me, pois, nessa linha de raciocínio, prudente que se coloquem limites a tal repasse e que esses limites sejam, quanto ao indexador, o IPC, além dos juros correspondentes ao custo do dinheiro. Dessa forma, se superiores forem os ônus financeiros da

prestadora de serviços, não poderão tais ônus superar o limite indexatório quanto à correção monetária, embora o custo do dinheiro possa ser quantificado de forma diversa e maior¹⁸.

Respondo, pois, à segunda questão, entendendo não haver impedimento legal ao limite corretivo do IPC, sem prejuízo do pactuado na cláusula 5.2.

Quanto à última questão, a resposta também é positiva.

A cláusula objetiva dar um incentivo a que a consulente e a Prefeitura venham a saldar mais rapidamente o débito em atraso.

O custo desse atraso já quantificado está na ação proposta pela empresa. A ação retrata, rigorosamente, o pactuado anteriormente e não cumprido pela consulente. A transação em juízo objetiva evitar a paralisação das obras, de um lado, e assegurar ao prestador de serviços que haverá pagamento futuro dos serviços prestados, aceitando-se as penas decorrentes do atraso, rigorosamente pactuadas antes da ação.

A transação judicial, portanto, acarreta, como consequência, a continuação das obras e o cumprimento das cláusulas penais previamente acordadas, com benefícios para a consulente que impôs limites, definidos na cláusula 2, ao custo do atraso, seja em nível corretivo, seja em nível do custo do dinheiro¹⁹.

A terceira cláusula, nessa linha de dimensão do ônus, acrescenta mais alguns incentivos para que o custo possa ser reduzido.

Por ela se objetiva rebaixar o ônus das prestações e a diminuição do seu impacto com a concessão de reduções, principalmente da verba honorária, que é aquela em que o prejuízo financeiro da prestadora de serviços é indiscutivelmente menor (eventual adiantamento a seu patrono ou pagamento pela ação em termos que a consulente desconhece). O certo é que a verba demandada poderá ser reduzida se a consulente pagar antecipadamente ao acordado, embora sempre posteriormente ao definido na novação, já que a mora foi de tal forma caracterizada, que a própria ação proposta decorreu da inadimplência da consulente²⁰.

Em outras palavras, o início da ação impôs custos para a prestadora de serviços, que a implementou com as penas contratuais, as quais ficarão suspensas da inadimplência imediata por força do acordo e poderão, no concernente à verba honorária, ser reduzidas se houver antecipações ao acordado, o que, de rigor, interessa à Prefeitura e à consulente.

Por ser uma cláusula de interesse da consulente e da Prefeitura, não há, portanto, qualquer impedimento legal, devendo-se realçar que tanto a questão 2 quanto a 3 representam redução do real custo do dinheiro e do impacto das cláusulas contratuais não cumpridas, o que só fortalece a necessidade de se transacionar em juízo, a fim de que as obras públicas continuem a ser realizadas sem excessivo ônus financeiro e punitivo, ônus que seria ainda maior para a consulente e para o Município, se não houvesse a novação.

Respondo, pois, à terceira questão dizendo não haver impedimento legal à técnica de reduções dos valores pactuados por antecipações de pagamento.

S.M.J.

São Paulo, 31 de outubro de 1995.

- 1 Celso Ribeiro Bastos ensina: «Não é fácil dizer-se em que consiste este princípio da moralidade.

Os que escreveram a respeito põem-se de acordo em admitir que não se trata de moral comum ou geral, mas, sim, daquela que se extrai da própria disciplina interna da Administração Pública.

Para atinar-se com o sentido da moralidade administrativa há que se levar em conta alguns fatos, de certa forma muito antigos, mas que até hoje dificultam a aproximação entre Moral e Direito. Não se há de esquecer que houve um momento, nos Séculos XVII e XVIII e mesmo no início do XIX, em que as correntes filosóficas dominantes tornavam inconvenientes as noções de Moral e Direito. Alguns autores tiveram papel de destaque nessa empreitada. Citemos apenas dois: Kant e Kelsen.

Ficaram algumas distinções que marcaram fundo no evoluir dessa temática. Em primeiro lugar, a idéia de que a moralidade é gratuita, isto é, o comportamento moral é cumprido por simples reverência à moralidade e não por interesse. Já o direito contenta-se com a mera conformidade da ação à lei, sem qualquer perquirição sobre os motivos ou interesses que levaram o agente a atuar.

Outro ponto tido por diferencial é o que diz que a moral tem o seu foro de atuação na intimidade da pessoa, enquanto a exterioridade é a marca da legislação jurídica, que só vai interessar-se pela adesão exterior às leis vigentes, não levando em conta que ela tenha sido a intenção do agente.

Por último, há o caráter unilateral ou bilateral. É dizer, embora nos comportamentos morais também possam estar duas ou mais pessoas envolvidas, o fato é que cada uma é responsável somente perante si mesma. No caso das normas jurídicas, a bilateralidade existente faz surgir, como dizem os autores, uma relação intersubjetiva; a cada dever faz corresponder um direito por parte do beneficiário, que, se não cumprido, colocará ao seu alcance meios de coerção» (*Comentários à Constituição do Brasil*, 3º volume, tomo III, Saraiva, 1992, pp. 36/37).

- 2 Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim o comenta: «Responsabilidade Objetiva do Estado: Mantém-se na Constituição vigente a solução adotada na Lei Magna de 1946 (art. 194), ou seja, a responsabilidade dita objetiva, do Estado por danos causados no exercício de função pública a particulares. Em face desse princípio, que sofreu o dano, para haver do Estado a reparação desse dano, apenas deve provar ter sido ele causado no exercício de função pública. A reparação prescinde de prova de culpa ou dolo por parte do causador, depende exclusivamente de estar este no exercício de função pública.

Esta solução é de justiça social. Visa a repartir de modo equitativo os encargos sociais. O custo do serviço público, no qual se inclui o dano causado a particulares, deve ser repartido por todos. Se a vítima do dano arcasse com este ou tivesse de comprovar culpa ou dolo para vê-lo ressarcido, estaria suportando mais do que sua parte, como integrante da comunidade.

Note-se que funcionário público, no texto em exegese, abrange todo aquele que exerce função pública, seja a que título for. Abrange, portanto, os servidores de regime especial, nos termos do art. 106, os eventualmente sujeitos ao regime trabalhista etc. (cf. Pontes de Miranda, *Comentários...* 1969, cit., tomo III, p. 543)» (*Comentários à Constituição Brasileira*, 6ª ed., Saraiva, 1986, p. 443).

- 3 Escrevi: «A ordem econômica plasmada na Constituição, privilegia a livre iniciativa, como seu fundamento maior. Ao lado da valorização do trabalho, torna a livre concorrência um dos princípios de seu perfil e preconiza o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização governamental, apenas subordinado às exceções legais de capacitação profissional, no discurso do artigo 170 da CF assim redigido: 'A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I — soberania nacional; II — propriedade privada; III — função social da propriedade; IV — livre concorrência; V — defesa do consumidor; VI — defesa do meio ambiente; VII — redução das desigualdades regionais e sociais; VIII — busca do pleno emprego; IX — tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei'.

Por outro lado, oferece dois regimes à sua exploração, a saber: o do artigo 173 e aquele do artigo 175. O primeiro, torna a participação do Estado vicária no processo econômico. O segundo, inverte a ordem da equação, levando o segmento privado a prestar participação auxiliar e secundária em processo com densidade econômica da Administração.

As regras do artigo 173 são expressas e cristalinas, estando seu *caput* e os seus §§ 1º e 2º assim redigidos: 'Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado'.

O Estado, sobre não poder ter qualquer espécie de preferência na sua atuação econômica em relação ao setor privado, somente é chamado a participar de tal processo para suprir, complementar, preencher áreas não atendidas pela mais vocacionada a tal atividade, que é a livre iniciativa.

A tal atuação vicária, sem privilégios, denomina a doutrina de 'intervenção concorrencial', no que me parece que bem rotulou tal secundária participação do Estado na Economia.

Pelo artigo 175, o regime jurídico do serviço público, com densidade econômica, faz do Estado o agente principal e o sujeito privado mero coadjuvante, pelos mecanismos da concessão, permissão e autorização, estando assim disposto:

'Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: I — o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II — os direitos dos usuários; III — política tarifária; IV — a obrigação de manter serviço adequado'.

Em relação à atuação dos segmentos privado e público, no regime do artigo 173, possui o Estado instrumento adicional de controle, que é o da intervenção regulatória, intervenção esta que se justifica sempre que distorções surjam no atuar do setor privado e do setor público, vicário e concorrencial. Os §§ 4º e 5º do art. 173 ofereceram bem a dimensão dessa intervenção regulatória, estando assim redigidos: '§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular'. Por eles, sempre que o agente econômico atuar de forma a gerar lucros abusivos, eliminar a concorrência, dominar mercados, assim como agir contra a ordem econômica, financeira e economia popular, estará, de rigor, sujeito a sanções regulatórias, visto que o constituinte pretendeu não permitir que a ação menos ética de qualquer agente econômico perturbe o bom andamento de tais atividades.

E, por não estar, a participação do Estado, privilegiada, à evidência, as sanções aplicáveis ao segmento privado são também aplicáveis à intervenção concorrencial ao Estado. É que não pode haver qualquer distorção nesta matéria, em que pese a dualidade da iniciativa econômica.

Qualquer agente econômico, mesmo que pertencendo à administração indireta (fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista etc.), está sujeito às mesmas sanções que as empresas privadas, podendo vir a ser, seus diretores, responsabilizados e a terem que se submeter às mesmas punições, se praticarem atos tidos como contrários à livre iniciativa.

A primeira conclusão, portanto, é de que, em matéria de abuso do poder econômico, tanto as empresas privadas quanto as estatais, estão sujeitas a idêntico regime de punição, sempre que pratiquem atos considerados abusivos.

Um segundo aspecto merece reflexão.

Se, de um lado, do ponto de vista das regras pertinentes à livre concorrência e livre iniciativa, não podem as empresas estatais gozar de qualquer privilégio, respondendo pelos abusos que possam praticar, nos exatos termos colocados nos §§ 4º e 5º do art. 173, por outro lado, estão tais empresas, enquanto pessoas

jurídicas, sujeitas ao regime interno de Direito Público no que diz respeito à sua estrutura e às responsabilidades inerentes à Administração.

Em outras palavras, enquanto exteriorizando a intervenção concorrencial do Poder, seguem as regras, sem privilégios, de todas as empresas que atuam nesta área, seja no que diz respeito às obrigações comerciais, trabalhistas, tributárias e de outra natureza, seja na inexistência de benefícios diferenciados em face dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, seja no que concerne à sua eventual atuação abusiva, submetida às sanções próprias de tal ática postura» (*A Constituição Aplicada* 7, Edições CEJUP, 1993, pp. 111/115).

- 4 Caio Mário da Silva Pereira acentua: «o direito positivo brasileiro consagra a teoria do risco integral ou risco administrativo (Supremo Tribunal Federal, in *RTJ*, 55/50; TRF in *Revista Forense*, vol. 268/2). O art. 37, § 6º da Constituição de 5 de outubro de 1988, repetindo a política legislativa adotada nas disposições constitucionais anteriores, estabelece o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos que os seus agentes causarem a terceiros. A pessoa jurídica de direito público responde sempre, uma vez que se estabeleça o nexo de causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido (*Revista dos Tribunais*, vol. 484, p. 68). Não há que cogitar se houve ou não culpa, para concluir pelo dever de reparação. A culpa ou dolo do agente somente é de se determinar para estabelecer a ação de *in rem verso* da Administração contra o agente. Quer dizer: o Estado responde sempre perante a vítima, independentemente da culpa do servidor. Este, entretanto, responde perante o Estado, em se provando que procedeu culposamente ou dolosamente. Não importa que o funcionário seja ou não graduado (Washington de Barros Monteiro, *Curso*, vol. 5, p. 108). O Estado responde pelo ato de qualquer servidor (*Revista dos Tribunais*, vol. 169/273; 224/222; vols. 227/203; 230/123; 234/268; 238/172; 247/491, *Revista Forense*, vol. 146/320). O Dr. Edson Ribas Malachini sustenta a necessidade da denunciação da lide (*Revista Forense*, volume 293, p. 43)» (*Responsabilidade Civil*, 2ª ed., Forense, 1990, pp. 142/143).
- 5 Manoel Gonçalves Ferreira Filho escreve: «Prescrição. Parecem deduzir-se duas regras deste texto mal redigido. Uma, concernente à sanção pelo ilícito; outra, à reparação do prejuízo. Quanto ao primeiro aspecto, a norma «chove no molhado»; prevê que a lei fixe os respectivos prazos prescricionais. Quanto ao segundo, estabelece-se de forma tangente a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados» (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, volume 1, Saraiva, 1990, p. 260).
- 6 O *caput* do art. 5º está assim redigido: «Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...».
- 7 Hely Lopes Meirelles ensina: «A ação regressiva da Administração contra o causador direto do dano está instituída pelo § 6º, do art. 37, da Constituição da República, como mandamento a todas as entidades públicas e particulares prestadoras de serviços públicos, e quanto aos servidores da União, a Lei Federal n. 4.619, de 28/04/1965, impõe o seu ajuizamento pelo Procurador da República, dentro de sessenta dias da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Fazenda (arts. 1º e 2º), sob pena de incidir em falta funcional (art. 3º). Para o êxito desta ação exigem-se dois requisitos: primeiro, que a administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso. Enquanto para a Administração a responsabilidade *depende da culpa*, para o servidor a responsabilidade *depende da culpa*; aquela é objetiva, esta é subjetiva, e se apura pelos critérios gerais do Código Civil.

A ação regressiva contra o servidor culpado é do rito ordinário sujeita às normas procedimentais comuns do Código de Processo Civil. Convém frisar, ainda, que tal ação só se pode instaurar entre a pessoa do direito público interessada e o seu servidor culpado, não sendo admissível o chamamento do agente causador do dano na ação de indenização que o particular intentar contra a Administração para haver os prejuízos sofridos, uma vez que o fundamento desta causa é diverso do da ação regressiva. Aliás, o próprio nome está indicando que a ação contra o servidor há de suceder a do lesado contra a Administração, sem o que não surge o direito de regresso.

Como ação civil, que é, destinada à reparação patrimonial, a ação regressiva transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor culpado, podendo ser instaurada mesmo após a cessação do exercício no cargo ou na função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão» (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., Revista dos Tribunais, 1990, pp. 557/558).

- 8 Darcy Arruda Miranda Jr. assim comenta o dispositivo: «O pretexto para a exclusão da sociedade de economia mista da disciplina da lei falimentar é o de não permitir o interesse público que justificou a autorização legislativa, que a sua administração possa ser eventualmente transferida para credores particulares, quando no exercício da função de síndico da falência, pretexto, diga-se, inconvincente, dado que facilmente contornável.

Não permite a lei a execução coletiva mas admite a singular e, portanto, os bens sociais são penhoráveis e executáveis. Nem exclui a possibilidade da sociedade ser reduzida à insolvência uma vez que admite a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica que a controla, princípio de discutível juridicidade, pelas obrigações sociais. Embora a norma legal a ela não se refira expressamente, é evidente que a responsabilidade no caso, além de subsidiária, o que impede a efetivação da do controlador, enquanto não exauridos os bens sociais, é ilimitada, norma curiosíssima em um modelo societário, cuja característica principal é a responsabilidade limitada do acionista. Dir-se-á que esta, no caso, decorre da condição de controlador e não do acionista, o que não nos parece compartilhável, uma vez que as responsabilidades deste decorrem do abuso de poder (parágrafo único do art. 116), e não necessariamente da inexistência de bens sociais exeqüíveis» (*Breves Comentários à Lei de Sociedades por Ações*, Saraiva, 1977, pp. 326/327).

- 9 Eros Roberto Grau escreve: «As companhias de economia mista, embora definidas como sociedades comerciais — na forma do artigo 2º, § 1º da Lei n. 6.404/76 —, não estão sujeitas a falência, segundo determina o artigo 242. A exclusão ao processo ordinário de liquidação dos débitos da sociedade mercantil, na hipótese de insolvência, é justificada na Exposição de Motivos com a afirmação de que «o interesse público que justifica a instituição, por lei, de uma companhia mista, não permite admitir que sua administração possa ser transferida para credores, através do síndico, como ocorre na falência». Em contrapartida, não apenas são penhoráveis e executáveis os seus bens, mas também responde pelas suas obrigações, subsidiariamente, a pessoa jurídica que a controla, ou seja, o acionista controlador, conforme definido pelo artigo 238.

Há obviamente, um objetivo prático atendido na disposição, visto como a imunidade da companhia de economia mista ao processo falimentar poderia comprometer a sua acessibilidade a financiamentos a que freqüentemente se habilitam.

Compensando o privilégio conferido pela norma, atribui o texto legal, expressamente, ao acionista controlador, responsabilidade pelas obrigações sociais. Estão, no caso, portanto, garantidos, na hipótese de insolvência da sociedade, os titulares de direitos de crédito contra ela» (*Comentários à lei das sociedades por ações*, volume I, IASP/Resenha Tributária, 1978, pp. 173/174).

- 10 Toshio Mukai ensina sobre o § 6º do artigo 37: «A norma contempla o tema da responsabilidade civil do Estado, que desde a Constituição de 1946 (art. 194), segundo a doutrina e a jurisprudência pátrias, é objetiva, com assento na teoria do risco administrativo (que admite excludentes: a culpa da vítima ou a força maior), e não na do risco integral (que inadmitte excludentes).

A anterior, disposição corresponde à presente (EC n. 1/69, art. 107) apenas se aplicava às entidades públicas (União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios e respectivas autarquias). Agora o novo texto estendeu a responsabilidade objetiva (continua sendo, posto que, como anteriormente se interpretava, se somente para a ação regressiva do Estado contra o funcionário se exige a prova de culpa ou dolo, é porque para a ação da vítima contra o Estado prescinde-se dos elementos subjetivos mencionados, razão por que a responsabilidade é objetiva), aplicável aos entes públicos, a toda entidade paraestatal (regida pelo direito privado), ou até mesmo às concessionárias e permissionárias, desde que prestadoras de serviços públicos» (*Administração Pública na Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, p. 59).

- 11 Em gráfica definição, o *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas* assim cuida do verbete: «Garantia. (2) s.f. Dir. Obr. Reforço. Ato justaposto a uma garantia de débito tornada insuficiente, para o fim de aumentá-la, ou fortificá-la, assim evitando que credor a execute antes de vencido o prazo de cumprimento da obrigação. CC, art. 954 (III)».
- 12 Escrevi sobre o § 3º do art. 166 da Constituição Federal: «Há divergência na doutrina sobre se tal procedimento seria melhor ou pior, visto que a excessiva pormenorização, se, de um lado, é bom, por limitar a atuação do Estado e evitar os desperdícios, de outro lado, pode acarretar um entrave indesejável à Administração Pública.

Tenho para mim que no Brasil a particularização do procedimento legislativo sobre os orçamentos e a supervisão maior que se passa a exercer sobre sua aprovação (evitando-se a multiplicação de intervenções dos parlamentares na elaboração, embora todos tenham direito às emendas, sobre houver o duplo controle — Tribunal de Contas e Legislativo) são positivas, na medida em que se garante a sociedade pela transparência dos projetos e emendas. Além do que o princípio da não-afetação é conciliável com o do maior controle, razão pela qual nem por isso o Estado se desguarnece em suas pretensões e projetos» (*Comentários à Constituição do Brasil*, 6º volume, tomo III, Saraiva, 1991, pp. 280/281).

- 13 Assim comenta o Professor Celso Bastos sobre o não-pagamento da dívida fundada: «Com relação ao pagamento da dívida fundada, não é de aceitar-se o entendimento segundo o qual bastaria o simples pagamento de uma quantia irrisória para descaracterizar o inadimplemento. Não basta o pagamento de uma quantia, por ínfima que seja, para interromper o prazo constitucional; este, na verdade, está a indicar que não podem os Estados manter a insolvência de uma dívida por mais de dois anos. É óbvio que se ela não foi saldada na sua íntegra, o prazo interventivo continua a correr respeitantemente ao *quantum* não resgatado.

Ainda, no tocante à dívida fundada, a inadimplência pode ocorrer também com relação aos juros. Note-se que não é um mero não-pagamento, mas há necessidade do transcurso do prazo de dois anos da primeira inadimplência até a decretação da intervenção. Desde, é óbvio, como está dito, que não ocorra motivo de força maior.

Em síntese, toda vez que se complete o prazo superior a dois anos, contados a partir do empréstimo, sem que tenha sido efetuado o pagamento da dívida, está configurado o requisito constitucional. É uma interpretação que transcende à meramente literal para inserir-se na teleológica, de maior utilidade em matéria constitucional» (*Comentários à Constituição do Brasil*, 3º volume, tomo II, Saraiva, 1993, p. 338).

- 14 O art. 149 da Constituição do Estado de São Paulo tem a seguinte redação: «Art. 149. O Estado não intervirá no Município, salvo quando: I — deixar de ser paga, por motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; II — não forem prestadas contas devidas, na forma da lei; III — não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino; IV — o Tribunal de Justiça der provimento a representação para a observância de princípios constantes nesta Constituição, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

§ 1º O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, prazo e condições de execução e, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação da Assembléia Legislativa, no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Estando a Assembléia Legislativa em recesso, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas, para apreciar a Mensagem do Governador do Estado.

§ 3º No caso do inciso IV, dispensada a apreciação pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se esta medida bastar ao restabelecimento da normalidade, comunicando o Governador do Estado seus efeitos, ao Presidente do Tribunal de Justiça.

§ 4º Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal, sem prejuízo da apuração administrativa, civil ou criminal decorrente de seus atos.

§ 5º O interventor prestará contas de seus atos ao Governador do Estado e aos órgãos de fiscalização a que estão sujeitas as autoridades afastadas».

- 15 A ementa da ADIn 493-0-DF tem a seguinte dicção: «Rel. Min. Moreira Alves. Reqte: Procuradoria Geral da República. Reqdos: Presidência da República e Congresso Nacional.

EMENTA. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ele, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é ato ou fato ocorrido no passado.

O disposto no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF.

Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se

examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária as aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5º, XXXVI da Carta Magna.

Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP).

Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, *caput* e §§ 1º e 4º; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991» (DO, p. 14089, 4/set./1992).

- 16 Escrevi: «Ora, nas relações econômicas em que as empresas estatais participam — e em nível de igualdade e concorrência — não podem elas fugir à submissão aos mesmos princípios que regem as relações entre empresas do segmento privado da Economia, razão pela qual a teoria da imprevisão aplica-se a todas elas, sempre que o desequilíbrio estrutural se colocar por força da imprevisibilidade e inevitabilidade dos planos ditos de estabilização.

A albergagem da teoria da imprevisão torna-se ainda mais necessária, sempre que a imprevisibilidade e inevitabilidade dos acontecimentos desestabilizadores só ocorrerem para a parte vinculada ao segmento privado, que não formula políticas econômicas. Não para a outra parte, cujo controlador é também o responsável pelo estabelecimento da política descompassadora. É imprescindível que se reequilibrem contratos inviabilizados, sempre que, usando da força que lhe é própria, a empresa estatal, controlada pelo Poder descompassador, imponha condições contratuais, utilizando-se de coação incontornável.

Em face do exposto até o presente, percebe-se a responsabilidade maior das empresas estatais, sempre que participem de atividades econômicas, em nível de submissão às regras próprias da ordem econômica. Administrativamente, não lhes é permitido o abuso do poder econômico, nem o enriquecimento sem justa causa, não só por violarem a moralidade administrativa, que devem seguir, mas por lhes ser aplicável a teoria da imprevisão, sempre que as relações negociais de que participem restem desequilibradas em face das circunstâncias imprevisíveis e inevitáveis que impactaram os contratos firmados» (A Constituição Aplicada 7, ob. cit., p. 125).

- 17 Em meu livro *Advocacia Empresarial* (OAB, 1988, p. 64) referi-me a alguns conceitos de Direito Comparado sobre a teoria que reproduzo: «*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*».

Henry de Page: «*La théorie juridique de l'imprévision tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie qu'il est certain que cette partie n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation de charges qui en résulte, si elle avait pu prévoir les événements qui ont provoqué cette aggravation*».

L'imprévision consiste donc dans le déséquilibre des prestations réciproques qui vient à se produire, dans les contrats à prestations réciproques successives ou différées, par l'effet d'événements ultérieurs à la formation du contrat, indépendants de la volonté des parties, et se révélant tellement extraordinaires, tellement anormaux, qu'il n'était guère possible de raisonnablement les prévoir» (Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, Tome 2ème, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 3ème Édition, 1964, p. 559).

Alberto Trabucchi: «*Altro requisito per la risoluzione è che l'eccessiva onerosità, conseguente alla nuova situazione, superi i limiti di incidenza della normale incertezza che ciascun contraente deve affrontare circa i vantaggi e gli oneri dell'atto. La risoluzione ha affetto relativamente alle sole prestazioni troppo onerose ancora da eseguire» (Istituzioni di Diritto Civile, CEDAM, Padova, 17ª ed., 1968, pp. 727/728)*».

- 18 J. M. Sidou relembra sobre a teoria da imprevisão que: «Cunha Gonçalves confunde caso fortuito, ou força maior, com imprevisão, e no lamentável erro tendem a incidir todos quantos derem pouco apreço ao elemento vontade na formação dos contratos. Diz o mestre lusitano: 'Mesmo em tempos normais, entendemos que, para a realização da estrita justiça, nos bastam os preceitos dos arts. 705 e 2393 (do Código Civil Português, 1867), entendidos de modo hábil e racional, porque esses artigos isentam da responsabilidade os contraentes que faltaram à sua obrigação por caso fortuito ou força maior, para o qual de modo nenhum contribuíram'».

Na teoria revisionista não há ausência de participação do obrigado, porque a impossibilidade de executar é resultante da circunstância de que ele participa, e não resultante de um fenômeno de todo exógeno; e não há diligência frustrada de sua parte em cumprir a obrigação. É a diferença entre o poder fazer e o não convir fazer. O contratante pode não estar impossibilitado de cumprir determinada prestação; entretanto, cumprindo-a e continuando a cumpri-la na forma do ajuste, observa simplesmente que estará arruinando seu patrimônio em favor de um lucro excessivo de seu credor, uma vez que está caracterizado um desequilíbrio entre prestação e contraprestação, nunca resultante de um acordo de vontades no ato de contratar» (*A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas*, 2ª ed., Forense, 1984, p. 107).

- 19 Plácido e Silva lembra: «*Multa*. Do latim muleta ou multa, entende-se, por seu sentido originário, a pena pecuniária.

É, assim, em sentido amplo, a sanção imposta à pessoa, por infringência à regra ou ao princípio de lei ou ao contrato, em virtude do que fica na obrigação de pagar certa importância em dinheiro.

Segundo a natureza do ato ou do fato, que a motiva, a multa toma várias denominações. Diz-se multa compensativa, convencional, fiscal, moratória ou penal.

Diz-se também pena de multa, pena convencional, pena moratória» (*Vocabulário Jurídico*, vol. III, 3ª ed., Forense, 1991, p. 218).

- 20 Acquivava assim comenta o art. 20 do CPC: «O CPC consagrou o princípio da sucumbência, pelo qual o vencido é obrigado a pagar ao vencedor as despesas por este antecipadas, bem como honorários de advogado. Não há, propriamente, pedido quando uma das partes requer a condenação da outra em custas e verba honorária, já que o juiz, mesmo que as partes não se manifestem a respeito, deve condenar o vencido em custas e honorários» (*Novíssimo Dicionário Jurídico*, volume 3, Brasiliense, 1991, p. 1.112).